

EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Un tipo prescindible

Miriam Cugat Mauri

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

CUGAT MAURI, Miriam. El tráfico de influencias: un tipo prescindible. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-07, p. 07:1-07:23. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-07 (2014), 14 ago]

RESUMEN: En España existe la generalizada convicción de que disponer de una buena red de contactos es un patrimonio que puede generar beneficios en todos los ámbitos, incluido, por supuesto, el de las relaciones con la Administración. Por ello, a nadie extraña que, cada vez que se descubre un nuevo caso de corrupción, se formule de

modo casi sistemático acusación por tráfico de influencias. Lo que produce sorpresa es el contraste entre la profusión de acusaciones por este delito y la práctica total ausencia de condenas por el mismo. En este artículo, se reflexiona acerca del motivo del escaso número de condenas y la preocupante asimilación práctica de este tipo a la inducción a la prevaricación.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, tráfico de influencias, prueba del delito.

Fecha de publicación: 14 agosto 2014

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SENTIDO Y REALIDAD APLICATIVA DE LA NORMA A LOS MÁS DE VEINTE AÑOS DE SU INTRODUCCIÓN. III. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE EJERCICIO DE INFLUENCIAS: ESTADO DE LA CUESTIÓN. 1. La indiscutida proximidad entre el tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación. 2. La reafirmada autonomía formal del delito. 3. Recapitulación. IV. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO. 1. Dificultades probatorias de los elementos subjetivos y valorativos. 2. Concepto de influencia y dificultad de su prueba. 3. El peso de la injusticia de la resolución en la prueba de la influencia. V. RECONSIDERACIÓN DEL “ESPACIO PROPIO” DEL DELITO. VI. CONCLUSIÓN: UN TIPO PRESCINDIBLE. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Si tuviéramos que inferir la realidad criminal de nuestro país a partir del número de condenas por tráfico de influencias¹, deberíamos llegar a la conclusión de que el favoritismo o amiguismo, de existir, no compromete la función pública de modo esencial, o sólo lo hace en casos aislados de flaqueza personal ante puntuales requerimientos de próximos o familiares. Sin embargo, a nadie se le ocurre confundir la realidad criminal con la judicial; como tampoco pensar que el único punto de debilidad de los funcionarios sean sus amigos o familiares. El reconocimiento de una cifra negra o desconocida de delitos permite suponer que existen más casos de los que reflejan las estadísticas policiales o judiciales; del mismo modo que las conocidas relaciones entre la Administración y el poder político o económico permiten plantear que, además de los amigos o familiares, también acceden e influyen sobre los funcionarios aquellos de quienes depende su promoción política o económica o con los que comparten un ideario o programa de actuación común.

Desde estas premisas, la escasa o hasta anecdótica presencia judicial del delito² no puede considerarse fiel reflejo de su negada irrelevancia criminológica. El problema radica en conocer las dimensiones de la cifra negra, por definición inaprehensible, así como los criterios que explican porqué, de todas las conductas prohibidas, sólo algunas acaban siendo objeto de condena penal.

Dejando de lado los factores sociales o materiales que puedan explicar cómo se desarrolla el proceso de “selección delictiva”,³ en las páginas que siguen, me limito a reflexionar acerca de los obstáculos que para la persecución del delito pueden nacer de su misma configuración típica y que por ello pudieran estar necesitados de una revisión legislativa que no tuvo lugar con su última modificación por LO 5/2010⁴. Queda al margen de las presentes consideraciones el delito de tráfico de

¹ *Nomen iuris* que aparece en la rúbrica del Capítulo VI Tít. XIX, que comprende, por un lado, el comercio o tráfico de influencias en sentido estricto (art. 430 CP) y, por otro, el ejercicio de las mismas sobre un tercero (arts. 428 y 429).

² De hecho las dificultades de prueba del delito son tales que quien denuncia se arriesga seriamente a ser denunciado, a su vez, por injurias o calumnias, como reiteradamente sucede, aunque, en la mayor parte de casos, terminen también éstas en archivo.

Acerca de la escasa aplicación del delito, véase el exhaustivo y actualizado estudio del delito realizado por MUÑOZ LORENTE, J., “Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”, *Eunomia*, 4/2013.

³ Al respecto, MAC NAUGHTON SMITH, “The Second Code Toward (or Away From) a Theory of Crime and Delinquency”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, July 1968 vol. 5 no. 2.

⁴ Acerca de los cambios introducidos por esta reforma, centrados en el aumento de penas y extensión de la punibilidad a las personas jurídicas, véase, GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos de tráfico de influencias”, ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; POZUELO, L., “Los delitos contra la Administración pública”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal : (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 599; PÉREZ MACHÍO, AJ., “Del tráfico de influencias”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

influencias en sentido estricto (art. 430 CP), las posibilidades de reforma del cual están más limitadas por los Convenios internacionales suscritos por España que instan a su persecución⁵.

II. SENTIDO Y REALIDAD APLICATIVA DE LA NORMA A LOS MÁS DE VEINTE AÑOS DE SU INTRODUCCIÓN

Al tiempo de la introducción del delito por LO 9/1991⁶, se confiaba en reprimir el mercadeo de influencias a través de la incriminación de dos nuevas formas delictivas: la compraventa o tráfico de influencias en sentido estricto (art. 430 CP) - de otro modo impune como acto preparatorio⁷-; y el ejercicio de influencias (arts. 428 y 429 CP) - hasta la fecha sólo en parte alcanzado por la inducción a la prevaricación -.

Si se alcanzaron o no los objetivos del legislador no es siempre fácil saber. Como se ha dicho, la escasez de condenas no es un dato unívoco acerca de la eficacia de la ley. Tanto puede deberse a la victoria de la amenaza penal sobre los ánimos de sus destinatarios, como a su más completo fracaso para reprimir el fenómeno al que se enfrenta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el contraste entre la práctica ausencia de condenas y la casi total omnipresencia del delito en la incesante sucesión de noticias, denuncias y procesos por casos de corrupción, lleva a sospechar lo segundo.

La cuestión es porqué tantos casos percibidos socialmente como tráfico de influencias, e incluso calificados como tal en las primeras fases del proceso, acaban disolviéndose como un azucarillo al tiempo de la calificación definitiva, que en la mayoría de casos es de sobreseimiento o absolución por este delito.

Para tratar de responder a esa pregunta, a continuación, se reflexiona acerca del espacio aplicativo propio del delito y los obstáculos con los que han tropezado los intentos de aplicarlo a supuestos distintos a la inducción a la prevaricación.

⁵ Convención penal sobre corrupción del Consejo de Europa, de 27-1-1999 (art.12), y Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 31-10-2003 (art. 18). Al respecto, SEMERARO, P., "Trading in influence and lobbying in the spanish criminal code (Trgovina utjecajem i lobiranje u španjolskom Kaznenom zakoniku)", en BERISLAV PAVIŠIĆ, *Decennium moztanicense*, Rijeka, 2008.

Ninguno de estos Convenios, por cierto, limita las exigencias de tipificación al llamado tráfico de influencias "pasivo", recogido en el art. 430 del CP español. También prevén el castigo del tráfico de influencias "activo", que comete quien paga por la influencia, sin embargo, no recogido en nuestro Código penal.

⁶ Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390

del Código Penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias.

⁷ Así lo califica, por ejemplo, MESTRE DELGADO, E., "El tráfico de influencias", en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, 2013, 725.

III. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE EJERCICIO DE INFLUENCIAS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. La indiscutida proximidad entre el tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación

Lejos quedan ya las iniciales críticas a la reforma de 1991, que denunciaban que su motivo no era otro que relegar la aplicabilidad de la inducción a la prevaricación ante el más específico tipo de tráfico de influencias, para luego negar su efectiva aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a su aprobación⁸.

Fueran cuales fueran las intenciones del legislador de la época, lo cierto es que, muy tempranamente, con el “caso Juan Guerra”⁹ - paradigma del ejercicio de influencias-, se demostró que el nuevo tipo no eclipsaba al anterior. De modo que, disipados los primeros temores de impunidad sobrevenida, el problema que desde entonces se plantea es el relativo al solapamiento normativo y la relación concursal que deba apreciarse entre ambas tipicidades delictivas¹⁰, por sus manifiestas coincidencias en aspectos esenciales¹¹:

En primer lugar, ambas tipicidades comparten el elemento de la influencia, entendida como influjo moral de inferior entidad a las coacciones o amenazas - que en su caso podrían situarnos ante el esquema comisivo propio de la autoría mediata¹² -.

En segundo lugar, conectado con el anterior, ambos tipos se asemejan en algo que a su vez les distingue del cohecho: la unidireccionalidad de la dinámica comi-

⁸ Precisamente, la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales desfavorables fue el argumento más invocado por quienes, tras el estallido del escándalo Juan Guerra, defendieron la impunidad de los hechos (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 1/2/1990, núm. 10).

⁹ Caso (STS 1312/1994, 24-6) que toma el nombre del hermano del a la sazón Vicepresidente del Gobierno, que consiguió la recalificación y revalorización de unos terrenos gracias a sus gestiones ante el Alcalde y concejales del municipio.

¹⁰ Sólo a título de ejemplo de los casos más significativos de esa primera época, véanse: la STS 31/1997-29-1 “Caso Pujana”, que partiendo de que la resolución forma parte de la “acción” delictiva, condenó por el tráfico de influencias, que si bien no estaba en vigor al tiempo de la influencia, sí al de la resolución; o, en sentido contrario, la STS 1493/1999, 21-12 “Caso Roldán”, que partiendo de la teoría de la actividad (art. 7 CP), absolvió, por el delito de tráfico de influencias, en atención a que, al tiempo de realización de la acción típica —consistente en recomendar empresas para que se les adjudicaran obras para la Guardia Civil—, no había entrado todavía en vigor la LO 9/1991

¹¹ Acerca de los distintos criterios barajados por la doctrina para resolver el problema concursal que se plantea entre ambos delitos, véase, por todos, CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUEÑO, I, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, Comares, 2002, 2387.

En la jurisprudencia, véase: a) a favor del concurso de leyes, la SAP Málaga 113/2000, 10-10, “Caso Camisetas Marbella”, confirmada por STS 537/2002, 5-4; y b) del concurso de delitos, “Caso Juan Guerra”, STS 1312/1994, 24-6 que admite la posibilidad, aunque no la aprecia en el caso, en atención a la irretroactividad de la reforma por la que se introdujo el tipo de tráfico de influencias; el “Caso Pujana” STS 31/1997, 29-1, que también lo admite pero no lo aprecia por limitaciones derivadas del principio acusatorio; o STS 1026/2009, 16-10, “Caso Funeraria de Madrid”.

¹² Otra cosa es la dificultad de apreciar la autoría mediata en delitos especiales, no obstante encontremos algún ejemplo en la jurisprudencia, como la STS 15-10-1990, en un supuesto de detenciones ilegales

siva, que queda determinada por la voluntad del agente inductor o influyente, que se impone sobre la del inducido o influido¹³.

En tercer lugar, ambos tipos tienen también en común la extensión de la condena penal al *extraneus* a la función pública codiciada. En la prevaricación y otros delitos especiales, desde largo tiempo admitida por la teoría de la participación¹⁴. En el tráfico de influencias, por expresa previsión del tipo.

¹³ El carácter unidireccional de la conducta significa que sólo puede ser autor del delito quien se prevale de una posición de poder y no quien la sufre, pues es absurdo pensar que el influido pueda participar de la presión que sobre él se ejerce, con independencia de que si cede a ella pueda cometer otro delito, como la prevaricación o cualquier otro contra la Administración pública.

STS 1534/1997, 10-3: “a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el de tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en los arts. 404 del vigente Código y 351 y siguientes del Código derogado”; en el mismo sentido Auto AP Las Palmas 238/2000, 18-10; Auto AP Girona 442/2005, 28-7 de archivo; Acerca de la falta de simetría entre la sanción a quien influye y la falta de sanción al influido, véase el Auto AP Madrid 939/2007-29-10.

Esta unidireccionalidad no debe confundirse con verticalidad jerárquica. El tipo admite que la relación de ascendencia moral de un sujeto sobre otro pueda derivar de cualquier suerte de relación entre ellos, sea “*del ejercicio de las facultades del cargo, como de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.*” Por lo tanto, tiene cabida el prevalimiento de relaciones que nacen de circunstancias ajenas a la función pública.

Desde el punto de vista de la relación jerárquica entre influyente e influido, cabe tanto la influencia vertical descendente o ejercida por el superior sobre el inferior jerárquico, como la horizontal, ejercida sobre el igual, o la vertical ascendente que se ejerce por parte del inferior sobre el superior, cuando por motivos distintos a los relativos a la función pública, uno tenga poder moral sobre otro.

STS 21-12-1999: “*la inexistencia de una posición de jerarquía prevalente por parte de quien influye no excluye la tipicidad pues concurre claramente el prevalimiento de las facultades del cargo.*”

¹⁴ Acerca de la posibilidad de participación del *extraneus* en los delitos especiales, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*, CYMYS, Barcelona, 1974; en el mismo sentido, STS 31/1997, 29-1, “Caso Pujana”.

Por consiguiente, la tesis inicialmente sostenida en la sentencia de instancia del Caso Juan Guerra (SAP Sevilla 186/1993, 9-7), contraria a la admisión de la participación del *extraneus* en los delitos especiales, debe considerarse superada por la STS 1312/1994, 24-6: “*La Doctrina científica y jurisprudencial están hoy de acuerdo en que en los delitos de prevaricación, como ya se ha dicho, la participación del extraño o "extraneus" no puede entenderse impune, lo que repugna a la justicia material y a la propia conciencia social, datos estos que, con toda obviedad, no podrían dar lugar a tipificar un hecho como delito, si no fuera porque en este caso, y en todos los demás de análogo contenido y significación, con la más absoluta ortodoxia en el entendimiento de los principios que informan la parte general del derecho penal, no solo es posible, sino que es obligado aplicar en estos supuestos las modalidades de autoría o coautoría del artículo 14 citado, tanto la inducción en la forma ya examinada como, en último término, la cooperación necesaria, puesto que la actividad de los implicados absueltos por no ser funcionarios era absolutamente indispensable -así los escritos presentados solicitando una resolución incontestablemente injusta son después de las correspondientes gestiones para "influir" en la decisión de los funcionarios- para que tal decisión administrativa fuera adoptada por quienes, como autores, fueron condenados por prevaricación, decesivos, al ser, finalmente, resueltos los problemas en los términos que a los inductores convenía.*”

También el legislador asumiría esa tesis al aceptar la posibilidad apuntada por la STS 1312/1994, 24-6, al introducir mediante la LO 15/2003 el ap. 3º del art. 65 CP, que permite reducir la pena en un grado al *extraneus* que hubiere intervenido en el delito especial a título de cooperador necesario o inductor.

Para un análisis detallado de los dos casos citados, véase, CUGAT MAURI, M., “El tráfico de influencias en cuatro sentencias”, *Jueces Para la democracia*, 28, 1997.

Por fin, ambos tipos apuntan a la obtención de una resolución y no otro tipo de actuaciones¹⁵, con inclusión tanto de las judiciales como las administrativas¹⁶.

Para algunos, bastaba con las mencionadas coincidencias entre uno y otro tipo para criticar la reforma y propugnar la supresión del nuevo delito por redundante. Otros, entre los que me cuento, estando de acuerdo en la esencial similitud entre ambas tipicidades, quizás desde la ingenuidad o el voluntarismo, nos esforzamos por subrayar la existencia de un espacio aplicativo específico y propio de la nueva figura delictiva que pudiera justificar su mantenimiento como un instrumento más de lucha contra el amiguismo y clientelismo en la función pública.

2. La reafirmada autonomía formal del delito

Evidentemente, las características del tráfico de influencias no pueden acabar ahí si no quiere confundirse este delito con la inducción a la prevaricación. Debe presentar elementos distintivos que justifiquen su previsión como figura autónoma, que la doctrina y jurisprudencia recaída desde su introducción no ha hecho más que confirmar, como mínimo en el plano teórico.

Entre tales elementos distintivos, encontramos algunos que especifican y cualifican el contenido de los anteriores, como: a) el hecho de que la influencia se ejerza desde una posición de poder; o b) que la resolución tenga un contenido económico¹⁷. Circunstancias próximas, aunque no idénticas, a las agravantes genéricas de

¹⁵ Así, MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Comentario al Cap. VI” en CONDE PUMPIDO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Barcelona, Bosch, 2007, 3134.

Las acciones u omisiones en el ejercicio del cargo que no constituyan resoluciones en sentido estricto podrían, en todo caso, derivarse al delito de cohecho. En este sentido, se pronuncia explícitamente la STS 300/2012, 3-5, por la que absuelve al subinspector que había solicitado a los agentes que no practicaran las pruebas de la alcoholemia al amigo del amigo: “*Si nos encontrásemos ante un delito de cohecho, la conducta omisiva de dejar de realizar un acto inherente a las funciones del cargo, que fue la conducta solicitada por el acusado a los agentes al pedirles que suspendiesen las pruebas de alcoholemia y dejaran marchar a los conductores retenidos, tendría perfecto encaje en el art 419 del Código Penal. Pero a pesar de que la conducta enjuiciada es impropia de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de Derecho, no puede forzarse el principio de legalidad para sancionarla como delito de tráfico de influencias, pues constituye un principio aun más determinante del Estado de Derecho el escrupuloso respeto de los límites punitivos establecidos por el Legislador. Y, en el art 428 del Código Penal, el Legislador exige que la influencia sobre los funcionarios vaya específicamente dirigida a conseguir una resolución, supuesto que no concurre en el caso actual pues la conducta solicitada a los agentes no constituye una resolución.*”

¹⁶ Si bien, en el tráfico de influencias, ambos tipos de resoluciones se tratan indistintamente (arts. 428 y 429 CP), mientras que en la prevaricación, no (arts. 446 y 404 CP, respectivamente).

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, STS 1026/2009, 16-10 (“Caso Funeraria de Madrid”): “*En cualquier caso existen claras diferencias tipológicas entre las dos infracciones punitivas, que las separan y distinguen pudiéndose cometer una y no otra o viceversa, a pesar de haberse incorporado en el tipo de tráfico de influencias como supuesto típico, la resolución dictada por el funcionario o autoridad influenciada. En efecto, para cometer el delito de tráfico de influencias no se requiere que la decisión del funcionario o autoridad sea arbitraria o injusta. Sin embargo tal delito exige una finalidad crematística que es innecesaria en el delito de prevaricación.*”

abuso de superioridad¹⁸, prevalimiento del carácter público del culpable¹⁹ o precio²⁰.

Junto a ellos, encontramos otros elementos totalmente ajenos a la inducción a la prevaricación, como los que aparecen en el ejercicio de influencias en cadena, las ineficaces, o las que se traducen en resoluciones omisivas o no radicalmente injustas.

a) *Las influencias indirectas o “en cadena”*

Como es comúnmente admitido, el tipo alcanza el llamado “tráfico de influencias en cadena”²¹, consistente en influir en otro para que influya sobre un tercero. La expresión “*prevaliéndose de ... cualquier ... situación derivada de su relación ... con éste o con otro funcionario*” apunta en ese sentido. De este modo, el tipo puede golpear la corrupción que generan ciertos y conocidos comportamientos desviados de los partidos políticos²² u otros grupos de presión, que pueden poner en marcha un entramado de relaciones que sometan al funcionario a la voluntad de muchas más personas que aquellas con las que tiene relación directa.

Posibilidad que amplía el ámbito típico del delito respecto de la inducción a la prevaricación, que no admite la inducción indirecta o inducción a la inducción, como se desprende de la literalidad del art. 28, a) CP y el principio de accesoriedad de la participación.

Otra cosa es si, en la práctica, los arts. 428 y 429 CP han servido para castigar más supuestos que los abarcados por la inducción a la prevaricación, sobre lo que se volverá en los siguientes apartados.

¹⁸ Una cosa es la superioridad objetiva de una posición sobre otra y otra la ascendencia moral que uno tenga sobre otro por cualquier tipo de relación.

¹⁹ El delito de ejercicio de influencias, contenido en el art. 429 CP, puede cometerse tanto cuando el funcionario se prevale de las facultades del cargo como “*de cualquier otra situación derivada de su relación personal*”.

²⁰ Como es comúnmente admitido, no puede confundirse el “ánimo de lucro” con el “precio”, distinción en la que se basa la doctrina para negar que quien mata a otro para cobrar el seguro de vida cometa un asesinato, puesto que la cantidad que se espera cobrar, aunque pueda enriquecerle no es el “precio” o contraprestación que alguien le dé por matar.

²¹ Literalmente, MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VI). Tráfico de influencias”, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal español*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, 910.

²² Este es precisamente uno de los fenómenos que está en el punto de mira de los Convenios internacionales que regulan el tráfico de influencias, como el del Consejo de Europa, de 1999, ciertamente, restringido al comercio de influencias en sentido estricto, en cuyo Informe explicativo reconoce que “*L'incrimination du trafic d'influence cherche à atteindre l'entourage de l'agent ou le parti politique auquel il adhère et à sanctionner le comportement des personnes qui, proches du pouvoir, tentent d'obtenir des avantages en raison de leur situation*». En este sentido, subrayando la importancia del delito para combatir la corrupción asociada a las malas prácticas de los partidos políticos o “background corruption”, WILLEKE SLINGERLAND, “The Fight against Trading in Influence”, VIEŠOJI POLITIKA IR ADMINISTRAVIMAS/ PUBLIC POLICY AND ADMINISTRATION, 2011, T. 10, núm. 1, p. 56 y 60, habla de “relación de corrupción trilateral”.

b) *Las influencias “ineficaces”*

Los arts. 428 y 429 permiten asimismo el castigo del ejercicio de influencias ineficaces - es decir, que no consiguen provocar la resolución pretendida, lo que es controvertido en la inducción a la prevaricación, respecto de la que algunos autores admiten la tentativa²³.

Desde la entrada en vigor del Código de 1995, tales supuestos se recogen en el tipo básico de los arts. 428 y 429 CP, para cuya aplicación basta con que se actúe “*para conseguir una resolución*”²⁴, mientras que los supuestos en que se “*obtuviera el beneficio perseguido*” quedan desplazados al tipo cualificado²⁵.

En contraposición con ello, para apreciar la inducción a la prevaricación es necesario que, en virtud del principio de accesoriedad cuantitativa en la participación, se hayan iniciado los actos ejecutivos del delito principal, consistentes en resolver. Acción difícilmente deslindable de la efectiva producción de la resolución y por ello difícilmente compatible con la tentativa.

Sin embargo, también aquí se perciben las dificultades aplicativas del tipo analizado, pues en la práctica, en los supuestos en que no se llega a obtener la resolución pretendida queda en entredicho su idoneidad lesiva, dificultando la apreciación del delito, como más adelante se verá.

²³ A favor, MORALES PRATS, F/RODRÍGUEZ PUERTA, MJ., “Art. 404”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011; en contra, ORTS BERENGUER, “Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en VIVES/ORTS/CARBONELL/GÓNZALEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

²⁴ Aspecto en atención al cual se ha calificado de delito de “mera actividad”, así: MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Comentario al Cap. VI” *cit.*, 3133; o de peligro, MESTRE DELGADO, E., “El tráfico de influencias”, *cit.*, 725.

²⁵ Por el contrario, la versión originaria de los tipos de ejercicio de influencias (LO 9/1991, 22-3) exigía para su consumación la obtención de la resolución y el beneficio económico (“*El funcionario público o autoridad que influyere en otro... y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico*”). De modo que, cuando no se alcanzaba, se apreciaba la tentativa. Al respecto, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996. En este sentido, STS 10-3-1998

Con la nueva redacción plantean problema las hipótesis, si caben, en que se obtiene la resolución pero no el beneficio, pues reunirían más elementos que los que contempla el tipo básico pero menos que el tipo cualificado. El principio de legalidad no deja otra alternativa que la de excluir la aplicación

del tipo cualificado cuando no se consigue el beneficio contemplado en el mismo y, por consiguiente, acudir al tipo básico.

Otra cosa es que sea verdaderamente posible que, en la práctica, se den supuestos en que se consiga la resolución favorable sin el beneficio. En definitiva, ello depende del concepto de beneficio económico del que se parta. Si la existencia de beneficio económico se condiciona a que se ingrese dinero en efectivo, en los supuestos en que la resolución consista, por ejemplo, en la concesión de una licencia urbanística, no podría considerarse consumado el tipo cualificado hasta que se hubiera desarrollado la actividad amparada por la licencia y comercializado el producto en cuestión, obteniendo los ingresos esperados. Sin embargo, parece más adecuado considerar que el beneficio económico se produce en el momento en que se consigue la licencia, que tiene un valor en sí misma, con independencia de que no sea siempre fácil cuantificarlo.

c) *Las resoluciones omisivas y las no radicalmente injustas*

Por fin, el tipo puede alcanzar también las influencias orientadas a la obtención de resoluciones omisivas o no radicalmente injustas, pues, a diferencia de la inducción a la prevaricación, el núcleo del injusto gira en torno al mero hecho de influir, con independencia de la forma o naturaleza de la resolución pretendida o alcanzada.

En cuanto a lo primero, a diferencia de los tipos de prevaricación administrativa y judicial de los arts. 404 y 446 CP, que castigan a quien “*dictare*” una resolución²⁶, los arts. 428 a 430 CP sólo exigen que la influencia se oriente a “*conseguir*” una resolución²⁷. Otra cosa es que, de nuevo, nos hallemos ante supuestos prácticamente inapreciados en su aplicación jurisprudencial, como luego se analizará.

En cuanto a lo segundo, a diferencia de la inducción a la prevaricación, el delito de tráfico de influencias tampoco exige que la resolución pretendida sea radicalmente injusta. Ni el art. 428 ni el 429 hacen mención alguna a tal requisito. De modo que, como en el cohecho, cabría la sanción de conductas orientadas a conseguir resoluciones meramente desviadas²⁸. De nuevo, si se ha conseguido o no

²⁶ Sobre la controvertida posición de la Doctrina acerca de la admisibilidad de la prevaricación omisiva, véase, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013. A favor de tal posibilidad, OCTAVIO DE TOLEDO, E *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980; en contra, GONZÁLEZ CUSSAC, JL, *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. En la jurisprudencia, admitiéndola, Acuerdo de Pleno TS 30-6-1997; STS 2-7-1997, por la que se condena al Alcalde que no convoca el Pleno municipal extraordinario para resolver la moción de censura; STS 9-6-1998, por la que se condena al Alcalde que por enemistad no proporciona el certificado de empadronamiento al vecino que lo solicita; STS 16-4-2002 por la que se condena al Alcalde que no hace efectiva una retribución debida a un funcionario; STS 17-7-2002, por la que se condena a la Alcaldesa que se niega a convocar la comisión de investigación acordada por el Pleno; así mismo, en supuestos análogos, STS 21-2-2003, STS 12-3-2003.

²⁷ Como posible supuesto de tráfico de influencias sobre resolución omisiva se ha señalado el “Caso Betencourt”, en el que a cambio del dinero ingresado para la campaña política del partido, la donante habría podido beneficiarse de la pasividad de la Administración en la persecución de eventuales conductas de evasión fiscal. Sobre ello, SLINGERLAND, W., “The Fight against Trading”, *cit.*, 59

En contra de su admisibilidad, RAMOS RUBIO, C., “Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional”, en QUINTERO OLIVARES, G *La reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2010, 351; sobre esta polémica cuestión, véase también, BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUENO, I, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, Comares, 2002, p. 2387.

²⁸ STS 10-3-1998; STS 2025/2001, 29-10: “Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva, por lo que no es obstáculo para que se impute tráfico de influencias a Antonio N. el hecho de que su intervención tuviese lugar antes de que constase oficialmente la ilegalidad de las inversiones aconsejadas por él”; STS 537/2002, 5-4 “Caso Camisetas Marbella”: “Algún sector de la doctrina añade que la decisión que se adopte debe ser injusta, requisito que no aparece recogido en los preceptos penales examinados. La sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver sentencia 1312/1994, de 24 de junio)”; STS 1026/2009, 16-10 (“Caso Funeraria de Madrid”): “En efecto, para cometer el delito de tráfico de influencias no se requiere que la decisión del funcionario o autoridad sea arbitra-

reprimir tales prácticas cuando no desembocan en el dictado de resoluciones radicalmente injustas es algo más que dudoso, sobre lo que se volverá más abajo.

3. Recapitulación

Hasta aquí, el análisis jurídico positivo nos lleva a confirmar la existencia teórica de ámbitos de punibilidad privativos del delito de tráfico de influencias, desde el inicio apuntados por la doctrina²⁹.

A diferencia de la inducción a la prevaricación, el nuevo tipo permite castigar el mero ejercicio de la influencia, con independencia de la naturaleza de la relación (personal o funcional), la distancia entre influyente e influido (influencia directa o indirecta), o el éxito de la misma (genere beneficio económico o no).

Frente a tales posibilidades aplicativas, los más de veinte años transcurridos desde la introducción del nuevo tipo hasta la fecha demuestran que ni se ha terminado con la práctica que se quería combatir ni han proliferado las condenas por ese título.

Parte de la explicación podría hallarse en las dificultades de adaptación que conlleva todo cambio de paradigma o modelo - como el que aquí afecta a la idea de corrupción -, que precisa de tiempo para variar inercias aplicativas y moldear la sensibilidad jurídica. No debe olvidarse que el derecho penal de funcionarios se configuró en el siglo XIX, y aunque el CP de 1995 introdujo importantes modificaciones, se dirigieron especialmente a reducir tipos, sin que el “cuerpo central” (los delitos de prevaricación, cohecho y malversación, e incluso el de negociaciones prohibidas) apenas sufriera cambios en muchos años. Esa persistencia del derecho positivo opera, en cierto modo, como fuente de ideas casi inmutables.

Otra parte de la explicación, podría hallarse, pese a tener un teórico espacio propio, en las dificultades aplicativas derivadas de la propia configuración del delito, pues por imperativo del principio de legalidad y de las ulteriores reglas de interpretación, no basta con una idea acertada, sino que es preciso traducirla en reglas jurídicas adecuadas, y ese es el problema que creo que aqueja a este delito, como planteo a continuación.

IV. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

1. Las dificultades probatorias de los elementos subjetivos y valorativos

Los motivos profundos de la actuación de una persona y su eventual cesión a los designios de la voluntad ajena es algo que, como el resto de elementos subjetivos,

ria o injusta.”; STS 15-7-2013 (“Caso Matas-Palma Arena 2): “No se exige que la resolución que se pretende sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiere dictado.”

²⁹ Acerca de las consecuencias procesales de la autonomía típica, véase la STSJ Cataluña 9/2003, 27-3, confirmada por STS 806/2004, 28-6 basa precisamente en tal espacio propio la heterogeneidad procesal entre el tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación.

queda encerrado en el mundo de la psique, siendo sólo susceptible de prueba indirecta. Precisamente ahí radican buena parte de los problemas probatorios del delito aquí analizado.

En la modalidad básica, la subjetividad es máxima. Teñidos de subjetividad están los elementos de la influencia, el prevalimiento y el fin de conseguir la resolución beneficiosa que queda en el plano del deseo no realizado. Todo lo cual se traduce en una figura difícilmente aprehensible, resbaladiza a la prueba, y de casi nula presencia jurisprudencial.

Tampoco son mucho mayores las facilidades probatorias que ofrece la modalidad cualificada, que se distingue de la anterior por la efectiva consecución de la resolución generadora del beneficio perseguido. A diferencia del tipo básico, contiene dos elementos que pueden ser objeto de prueba tangible y directa: la resolución- en todas las formas admitidas -³⁰ y el beneficio - tenga o no carácter estrictamente pecuniario³¹, y suponga ganancia patrimonial o mera ausencia de

³⁰ Como es comúnmente admitido, el concepto de resolución no tiene porqué coincidir exactamente con el paralelo concepto administrativo. Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación* cit.

Según jurisprudencia constante del TS (sistematizada por JUANES PECES, “La prevaricación de alcaldes: estudio sistemático del nuevo Código Penal sobre esta materia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 279, 30-1-1997), constituye resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados, y a la colectividad en general. Así, STS 300/2012, 3-5: “*Como ya se ha expresado la jurisprudencia y la doctrina entienden por “resolución” todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v. gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, (SSTS de 28 enero 1998, 12 febrero 1999, 27 junio 2003, 14 noviembre 2003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2008, 1 julio 2009, 2 febrero 2011, entre otras).*”

Obviamente, el concepto de resolución del que aquí se trata deberá guardar correspondencia con el empleado en la definición de la prevaricación administrativa. Así, STS 300/2012, 3-5: “*la interpretación del término resolución en el art. 428 del Código Penal no puede ser diferente de la que se efectúa por la jurisprudencia para la misma expresión en el art. 404 del mismo texto legal*”.

Sin embargo, ello no impide introducir algunos matices respecto de la prevaricación, que derivan de la distinta configuración de la conducta típica y que permiten, por ejemplo, plantear la admisibilidad de la resolución omisiva.

³¹ En la interpretación y aplicación de este elemento debe tenerse en cuenta que la ley sólo dice que el beneficio debe ser económico y que puede ser directo o indirecto. Ello se ha entendido en el sentido de que incluye tanto la obtención de ganancias como la ausencia de pérdidas (como el impago de tasas), sean de carácter directamente monetario (pago de sobrepago por la finca) como económico en sentido amplio, así, por ejemplo, “colocar al familiar”, conceder una licencia, levantar una medida cautelar, etc.

En este sentido, MESTRE DELGADO, E., “El tráfico de influencias”, *cit.*, 725.

Sobre el concepto de beneficio, véase, STS 31/1997, 29-1 “Caso Pujana”: “*El Código circunscribe, pues, la influencia en la obtención final de un beneficio económico, lo cual ha de ser interpretado en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas*”.

Se aprecia el beneficio en la SAP Barcelona 2-3-1998, en un supuesto en que se concede irregularmente una licencia de obras e instalaciones, para establecer la actividad de comercio menor de vehículos terrestres por cuya explotación se consiguen unos beneficios de 1.000.000 de pesetas; la STS 1637/1998, 8-3, que

condena por tráfico de influencias de particular al amigo del Alcalde que consigue vender al Ayuntamiento una finca por encima del precio de mercado; la SAP Almería 235/2006, 25-9, en un supuesto en que la mujer del Guardia Civil consiguió que éste trasladara al cuartel a todos los que consideró sospechosos de haberle sustraído una cartera con el fin de recuperar el dinero sustraído; se plantea la posibilidad de apreciarlo la SAP Madrid 30/2008, 8-4, en un caso en que el beneficio derivaría del impago de las tasas a las que el contribuyente venía obligado de conformidad con la ordenanza fiscal reguladora de las licencias de obras, si bien acaba absolviendo por falta de prueba del ejercicio de la influencia con prevalimiento por parte del Interventor General del Ayuntamiento; también lo aprecia la SAP Madrid 60/2008, 7-5: “5º.- *Es finalmente necesario que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga, el que la haya ejercido, un beneficio económico, directo o indirecto, para sí o para un tercero, requisito indiscutible en este caso en el que FUNESPAÑA, SL consiguió mediante esa influencia adjudicarse el 49% del capital de la E.M.S.F.M.S.A. y su gestión por el precio de 100 pesetas, asegurándose además, el cobro del 20% de los beneficios antes de impuestos que aquella generara, así como el cargo de Gerente de la entidad para don Luis Miguel y el de sus asesores directos, así como el salario de todos ellos con cargo a la E.M.S.F.M.S.A.*”; admite el beneficio directo e indirecto la SAP Illes Balears 18/2012, 19-3, “Caso Palma Arena-Pieza 2”;

No lo aprecia la SAP Asturias 53/2000, 31-1, en un supuesto en que “*el acusado obligara a la secretaria del Servicio de Ginecología del Hospital a extraer de los libros correspondientes determinados datos e incorporarlos a discos informáticos para su posterior utilización en su domicilio y en provecho propio, conducta que encaja más bien en el delito de uso indebido de información privilegiada. Como tampoco el saltarse las listas de espera en beneficio de sus pacientes privadas*”; tampoco la SAP A Coruña 15/2012, 22-3 niega que pueda apreciarse el beneficio económico por el solo hecho de conseguir la adjudicación de las obras públicas, motivo por el que absolvió del tráfico de influencias, condenando por falsedad documental y prevaricación.

No recoge el tipo la actuación únicamente orientada a perjudicar a otro sin beneficio para nadie. Así, por ejemplo, para provocar la arbitraria paralización de las obras del enemigo político. En el caso enjuiciado por la SAP Madrid 29/2009, 21-1, la resolución adoptada bajo acusación de influencia consistió en un decreto de paralización de obras del ex socio, que podría considerarse una resolución en perjuicio de éste sin correlativo beneficio para el autor de las supuestas influencias. Sin embargo, no se llegó a plantear la atipicidad por falta de este elemento, siendo el argumento central en el que se basó la absolución la falta de prueba de la ilegalidad de la resolución.

Tampoco ha admitido la jurisprudencia el delito en supuestos en que la mejora de infraestructuras públicas beneficia en especial a un particular sin ser privativas del mismo. Así, el Auto AP Madrid 126/2010, 12-2 de sobreseimiento provisional de la causa contra quien “*en virtud de una relación personal por su anterior cargo de regidor y/o pertenencia al mismo partido político con la persona responsable de los servicios municipales de jardinería, sobre los cuales no tiene autoridad alguna por razón de su cargo actual, obtiene cada temporada el acondicionamiento de la jardinería de la entrada de su finca*”, supuesto en que se desestimó el tráfico de influencias por el hecho de que la zona a la que se destinaba el servicio público era también de naturaleza pública.

Problema específico plantean los supuestos en que el destinatario de la resolución percibe una contraprestación por los servicios efectivamente ofrecidos a la Administración. Cuestión que no es privativa de este delito y nos lleva al terreno de decidir si cabe apreciar delito por el “despilfarro público”, esto es, por pagar bienes y servicio al precio de mercado cuando sin embargo hubieran podido ahorrarse. No se aprecia en la SAP Pontevedra 12/2001, 23-7, que absuelve a quien decide la contratación de más de veinte trabajadores con el fin de conseguir un liderazgo político más o menos absoluto que no equipara con un beneficio económico, ni con pérdida patrimonial para la Administración, pues desarrollaron y fueron retribuidos por las funciones para las que se les contrató, lo que determinó asimismo la absolución por malversación. Este es también uno de los argumentos que sirve al Auto del TSJ Valencia 62/2007, 27-11 para acordar el sobreseimiento libre en un supuesto de modificación parcial de un contrato administrativo que conllevó el pago de una cantidad más elevada que la acordada inicialmente en atención a que “*esta figura delictiva, difícilmente puede apreciarse cuando se trata de compensar, económicamente y lograr el equilibrio financiero tras una modificación parcial aprobada de un contrato administrativo de obras*”.

pérdidas-. Sin embargo, tampoco estos elementos bastan para apreciar el delito. Además, es preciso afirmar la relación de imputación objetiva entre la resolución beneficiosa y la previa influencia y, por lo tanto, la necesaria falta de adecuación social e idoneidad lesiva de ésta para la obtención de aquélla. Punto en el que hallamos un nuevo escollo aplicativo.

En suma, en ambos supuestos, el problema radica en cómo reconstruir procesalmente la prueba de la influencia, tanto cuando existe una resolución como cuando no. En un caso, porque faltará la prueba más evidente de su idoneidad, en el otro, porque no bastará con ella.

2. Concepto de influencia y dificultad de su prueba

Si se trata de probar que ha mediado influencia en un asunto lo lógico y prioritario será tener un concepto claro de cuál es el “*thema probandi*”. Para ello es preciso fijar el contenido de la influencia típica.

En la definición de este elemento, Doctrina y jurisprudencia subrayan³² que debe consistir en algo más que la mera comunicación de una información³³, preferencia o deseo³⁴, aunque menos que las coacciones o amenazas³⁵. La influencia típica debe

³² Acerca del concepto de influencia, véase, MORILLAS CUEVA, L y PORTILLA CONTRERAS, G “Los delitos de revelación de secretos, *cit.*”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Anotaciones Sobre el delito de tráfico de influencias”, en *Delitos de funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994; ORTS BERENGUER, E/VALEIJE ÁLVAREZ, I “Comentario al delito de tráfico de influencias”, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 1844, que definen la influencia como “sugestión, inclinación o invitación o instigación”, que será típica si se ejerce con prevalimiento; CUGAT MAURI, M *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997; CUGAT MAURI, M., “Tráfico de influencias”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública, *cit.*”, 909: “*sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta*”.

STS 1312/1994, 24-6: “*«influir», es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta*”. En el idéntico sentido, por ejemplo, Auto AP La Rioja 321/2012, 20-12 de confirmación del sobreseimiento provisional.

³³ SEMERARO, “Trading in influence”, *cit.*, subraya la diferencia existente entre la información que proporciona el técnico y que puede determinar el sentido de la resolución con el elemento típico de la influencia.

³⁴ De acuerdo con la centralidad de la nota de abuso de poder, Doctrina y Jurisprudencia subrayan la atipicidad de conductas menores, como meras sugerencias, expresiones de un deseo, demostraciones de interés o peticiones de información al funcionario competente. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M., OLAIZOLA NOGALES, I., “La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 223, 1995; MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Comentario al Cap. VI”, *cit.*, 3133.

En general, respecto de la atipicidad de los casos menores, véase: la STS 24-6-1994, “Caso Juan Guerra”, que afirma que el tipo “*excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente*”; STSJ Cataluña 9/2003, 27-3, confirmada por STS 806/2004, 28-6; también la SAP Islas Baleares 18/2012, 19-3, “Caso Palma Arena-Pieza 2” (confirmada en parte por la STS 657/2013, 15-7), afirma que “*La doctrina ha hecho ver, respecto de este elemento, la necesidad de relegar extramuros de la previsión penal los supuestos de la*

hallarse entre uno y otro extremo. En concreto, en la presión psicológica con prevalimiento de cualquier relación³⁶, que interfiera en el proceso motivador³⁷ de forma idónea³⁸ o, en su caso, eficaz.

llamada influencia adecuada socialmente, en los casos en que comúnmente no queda reprobada la conducta por su inmersión social, y de la llamada influencia no causal, por la pre-resolución tomada ya por el funcionario”.

No se aprecia la especial intensidad de la influencia típica en el Auto AP Madrid 820/2011, 29-11 por el que se inadmite la querrela ante “*la mera sugerencia del director y subdirector de la Escuela a la querellante para que modificase su decisión sobre el horario de clases a impartir por el querellado*”, además de ausencia del fin de beneficiarse económicamente; tampoco, en el Auto AP Castellón 456/2010, 1-12 de confirmación del sobreseimiento provisional.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit..

³⁶ El tipo no concreta la naturaleza de “*la situación derivada de su relación personal*”. Pueden quedar incluidos, por lo tanto, familiares, asesores políticos, correligionarios, etc.

Sobre el supuesto de las relaciones familiares, véase la SAP Almería 235/2006, 25-9: “*la acusada María Purificación todos y cada uno de los elementos del tipo penal descrito habida cuenta que, prevaleciendo de su relación conyugal con el cabo 1º jefe del Puesto de la Guardia Civil de la localidad, le convenció para que trasladara al cuartel a todas las personas que habían estado en la tienda en que trabajaba la encausada cuando detectó la desaparición de su cartera conteniendo 120 euros pese a no tener pruebas de la participación de ninguna de ellas en la pretendida sustracción, y, posteriormente, ya en las dependencias oficiales instó a su marido a no dejar salir del cuartel a ninguna de las «sospechosas» hasta que le devolvieran el dinero sustraído*”; o el “*parentesco, afectividad, amistad o incluso compañerismo político*”, Auto AP La Rioja 321/2012, 20-12 de confirmación del sobreseimiento provisional.

Acerca de las relaciones profesionales, véase la STS 1026/2009, 16-10, que condena por este delito al asesor directo del responsable del proceso de privatización del que consiguió la resolución favorable a sus pretensiones; también se plantea un supuesto de ascendencia moral del particular sobre el funcionario en la SAP Illes Balears 18/2012, 19-3, “*Caso Palma Arena-Pieza 2*” (no confirmada en este punto por la (confirmada en parte por la STS 657/2013, 15-7), en que condena como autor del delito de tráfico de influencias al artífice de los discursos del Presidente de la Comunidad autónoma balear, que obtiene de éste una subvención para sus negocios privados, prevaleciendo de la ascendencia moral que tenía sobre quien le había confiado esta delicada tarea para su proyección política: “*y el prevalimiento subyacente a esta influencia sobre el Presidente, en tanto el Sr. Luis Carlos explotó su concurso intelectual como discursista y asesor, conocedor que era considerado por el Sr. Demetrio sino como imprescindible, al menos como un servicio altamente valioso en su actuación pública como Presidente del Govern; y la intervención del Presidente fue demandada para conseguir finalmente una resolución que le generara indirectamente un beneficio económico*”.

Sobre relaciones mercantiles, STS 2025/2001, 29-10: “*3º. Es preciso que el autor se prevalga de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre que se ejerce la influencia o con otro distinto, prevalimiento en que Antonio N. ciertamente incurrió puesto que utilizó su relación mercantil con el Secretario de la Junta Vecinal, el acusado Justo B., para convencer a los miembros de la misma de la conveniencia de invertir en oro los fondos de la Entidad que se encontraban depositados en diversos bancos*”.

³⁷ Así, ORTS BERENGUER, E/VALEIJE ÁLVAREZ, I “*Comentario al delito de tráfico de influencias*”, cit., 1844, según quienes se castiga “*la interferencia que un funcionario o autoridad ejerce en el proceso motivador de otro*”.

STS 157/1997, 4-2; Auto AP Madrid 398/2010, 1-7, de sobreseimiento provisional y archivo, sobre posible trama de corrupción en la Comunidad de Madrid; STS 300/2012, 3-5: “*La influencia consiste en una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente.*” No se aprecia la posición de dominio y la influencia ejercida desde ella, en la Auto AP Tarragona 242/2012, 26-4 de confirmación del sobreseimiento provisional: “*el término "Influir" se ha interpretado jurisprudencialmente con "sugestión, inclinación, invitación, o instigación" que una persona ejerce sobre*

Atendido el contenido típico de la influencia, para su prueba servirá la constatación de una relación personal o jerárquica entre el autor de la resolución y el beneficiado por la misma, pero no bastará con ella.

La jurisprudencia insiste en que no es suficiente la evidencia de la mera relación personal entre quien resuelve y quien se beneficia y el lucro obtenido por el segundo, pues no puede excluirse la posibilidad de que el funcionario oficioso o deseoso de agrandar decida *motu proprio* la adopción de una resolución favorable para su amigo o conocido, sin necesidad de que el agraciado influya directamente sobre él³⁹. En otras palabras, la influencia no existe siempre que uno sienta que debe responder a las expectativas de otro. En tales casos, no siendo la resolución radicalmente injusta, podríamos hallarnos ante una mera incompatibilidad administrativa y, siéndolo, delito de prevaricación que no implique a nadie más que al funcionario autor de la misma.

En el mismo orden de consideraciones, la jurisprudencia niega que baste con la

otra para alterar el proceso motivador, sin que se haya quedado acreditado ni tan siquiera a nivel indiciario que el querellado haya ejercido ninguna de las anteriores conductas respecto a los técnicos municipales y tampoco sobre la entidad externa ECA.”; Auto AP Pontevedra 591/2012, 2-10 de confirmación del sobreseimiento provisional y archivo: “‘influir’, es decir, que el sujeto activo ejerza un predominio sobre el funcionario que exceda de la simple sugerencia, una intimidación implícita que constituya un ataque a la libertad del funcionario”.

³⁸ STS 15-7-2013 (“Caso Matas-Palma Arena 2): “*En el tipo objetivo el verbo nuclear es influir con prevalencia. El influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye, es decir presión moral eficiente sobre la decisión de otro funcionario. Sobre este elemento, que es esencial para diferenciar la conducta delictiva de la que no lo es, hay que insistir considerando que sólo podrá existir una conducta típica cuando sea idónea y con entidad para alterar el proceso de valoración y ponderación de intereses que debe tener en cuenta el que va a dictar una resolución, como dice nuestra jurisprudencia que sea eficaz para alterar el proceso motivador por razones ajenas al interés público.*”

STS 537/2002, 5-4 “Caso Camisetas Marbella”, que condena por tráfico de influencias al Alcalde que influye sobre el teniente de Alcalde que había concurrido a las elecciones en su misma lista con el fin de que acordara la esponsorización por parte del Ayuntamiento del club de fútbol presidido por el primero: “*Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias.*”

³⁹ Así, la STSJ Andalucía 15/2009, 9-7 afirma que: “*Pese a lo difuso de los contornos del delito de tráfico de influencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el prevalimiento, concebido como ‘actuación dolosa de superioridad o abuso’ ha de quedar perfectamente acreditado, y que para ello no basta con que la resolución adoptada beneficie económicamente a un familiar o persona con quien el funcionario o autoridad que toma la decisión está relacionado, pues ese solo hecho puede ser perfectamente explicado como un ánimo de la autoridad o funcionario de deseo ‘hacer favores’ a personas de su entorno, lo que más bien dirige el reproche hacia el funcionario o autoridad, que hacia el beneficiado.*”

La prueba del beneficio tampoco lleva a la afirmación de la influencia en la SAP Zaragoza 13-2-1995; la SAP Vizcaya 22-2-1995; o la SAP La Coruña 24-2-1994.

prueba de la relación de superioridad jerárquica, pues sin abuso de la misma no hay delito⁴⁰.

Por fin, se niega también que la constatación de actos positivos de comunicación entre el interesado y el funcionario pueda llevar a la automática apreciación del delito, ni siquiera cuando se aprovechan para manifestar las propias preferencias acerca de un asunto⁴¹. En la medida en que la comunicación de los propios intereses o aspiraciones es algo consustancial a la naturaleza de las relaciones personales, la prueba del diálogo podría servir para demostrar la existencia misma de la relación y todo lo que conlleva pero todavía no de la presión.

En suma, ni puede confundirse la manifestación de un deseo con la presión para obtenerlo, ni es lo mismo presionar que sentirse presionado. Es preciso probar la relación de causalidad entre la resolución y las gestiones antecedentes⁴², que se alzarán como uno de los mayores obstáculos a la apreciación del delito⁴³.

⁴⁰ Al respecto, véase, STS 1312/1994, 24-6 (Caso Juan Guerra); STS 15-7-2013 (“Caso Matas-Palma Arena 2): *“En segundo lugar, que el tipo exige el abuso de una situación de superioridad, como ha señalado acertadamente la doctrina, por lo que no penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellas en que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una presión moral impropia del cargo.”*

No se aprecia el delito en las AP Málaga 69/2002, 6-5, en atención a la falta de prueba de la influencia del Diputado en Cortes sobre el Alcalde, que se subraya que no puede deducirse del hecho de su respectiva posición de poder en el mismo partido.

⁴¹ En este sentido, véase la STS 15-7-2013, que si bien condena por el tipo de ejercicio de influencias al Presidente balear por haber influido sobre el funcionario competente para que se otorgara una subvención a un colaborador y amigo personal, se absolvió a éste por no considerarse probado que hubiera tenido que ejercer influencia alguna para conseguir estrato de favor *“Lo único que queda probado es que el recurrente expuso al Sr. Matas y al Sr. Martorell el proyecto de crear una agencia de noticias y que para su prosperabilidad se necesitaba el concurso económico institucional. Ello, aunque mediara relación de amistad y profesional con el Sr. Matas, en modo alguno tiene entidad para alterar una resolución que, por otra parte, no iba a ser dictada por el Sr. Matas.”*

⁴² MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Comentario al Cap. VI”, *cit.*, 3134.

Se afirma la necesidad de prueba del efecto causal de la posición de poder en la STS 537/2002, 5-4 “Caso Camisetas Marbella”: *“En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia”*.

Por supuesto, con esa afirmación no terminan todos los problemas interpretativos, puesto que deberá valorarse cuál es el grado de presión que debe acreditarse para afirmar la idoneidad de la influencia y su causalidad respecto de la resolución. Especialmente ilustrativa del problema planteado es la STS 2025/2001, 29-10, según la que no es preciso que la influencia sea absolutamente determinante de la decisión pretendida: *“En el fundamento jurídico anterior hemos subrayado, de acuerdo con los razonamientos expuestos por el Tribunal de instancia, que la influencia de Antonio N. no fue decisiva para la adopción de las decisiones de los miembros de la Junta Vecinal ni para que los mismos se dejasen corromper, pero también hemos puesto de relieve que una cierta influencia en este sentido se ejerció, lo que es suficiente para tener por puesto este elemento del delito toda vez que el art. 404 bis b) CP 1973 —así como el art. 429 CP/1995— no exige que sea objetivamente decisiva o determinante la acción de influir”*.

⁴³ Especialmente expresivas de las dificultades probatorias del tipo son resoluciones como: el Auto AP Ciudad Real 141/2007, 18-6, de sobreseimiento y archivo de la causa: *“Al margen de los documentos, las alegaciones el recurrente sobre la existencia de influencias y conciertos entre los querellados no pasan de meras impresiones subjetivas o referencias a supuestas manifestaciones de desconsideración entre ambos imputados que no pueden entenderse suficientemente acreditadas”*; Auto TSJ Andalucía 61/2007, 9-10 de archivo de las actuaciones, a pesar de la relación entre el acusado, Director del ente municipal de televisión,

En este punto, buena parte del problema probatorio radica en que, incluso ante la presencia de testigos o grabación de las comunicaciones, los giros, expresiones y tono empleados pueden ser los mismos para el hecho atípico de sugerir que para el típico de presionar, pues la fuerza de convencimiento no depende sólo de lo que se haya podido pronunciar, oír o grabar, sino también de su especial significado para unos sujetos determinados y la especial receptividad y sensibilidad de uno hacia los designios de otro⁴⁴.

En este contexto y ante la insuficiencia del mero dato de las conversaciones previas, pueden adquirir especial relevancia otros hechos periféricos al delito, como los *preparativos del negocio* con cuya segura obtención se cuenta (casos “Juan Guerra”⁴⁵, o “Pujana”⁴⁶); o el previo cobro del precio de la influencia⁴⁷.

y los cargos de la Corporación que contrataron servicios a las empresas de titularidad del primero, pues además de considerar que, de acuerdo con la legislación aplicable, tales contratos se regían por el Derecho privado, no se aprecia el elemento del prevalimiento y su causalidad respecto de la contratación denunciada; Auto del TSJ Valencia 62/2007, 27-11 de sobreseimiento libre, que no considera probado el ejercicio de una influencia causal de la resolución adoptada; Auto TSJ Andalucía 79/2007, 27-11, de confirmación del archivo de la causa, en consideración a que “*el hecho de que se adjudique un contrato a una empresa de la que es socio (formal o real) quien tiene una relación personal con quien ostenta el cargo de Alcaldesa, no supone tráfico de influencias, a menos que dicha autoridad hubiese ‘presionado’ sobre otros funcionarios, prevaleciendo de una relación personal con ellos o de la relación jerárquica existente entre Alcalde y concejales, para ‘conseguir’ una resolución que de otro modo no se hubiese dictado*”; Auto AP Madrid 244/2009, 26-3 que niega la relación de causalidad entre la relación personal y la resolución adoptada por cuanto “*pudiendo ser lógico que el trato personal diario de los cinco querellados pudiese generar una simpatía hacia los mismos, lo cierto es que la adjudicación se ha efectuado a la empresa que, volvemos a repetir, fundamentalmente, dio una mejor oferta económica con cumplimiento de los requisitos legales y que ha seguido prestando estos servicios con posterioridad, con lo que existe una base objetiva en la toma de la decisión de la mesa de contratación*”; STSJ Andalucía 15/2009, 9-7, por la que se absuelve a la sobrina del Alcalde a la que, tras haber sido nombrada asesora municipal, propuso a éste y a la Concejala de fiestas que contrataran a la empresa de la que era socia, como así se hizo, por considerarse que no quedara probado nada más que una sugerencia en tal sentido pero no “*una presión, fuerza moral o ataque a la libertad del funcionario*”, ni la relación de causalidad entre la intervención de la acusada y la adopción de la resolución.

⁴⁴ Acerca de la importancia que, sin embargo, puede llegar a adquirir en la Jurisprudencia el “concepto” con el que se comuniquen los propios deseos al funcionario competente, véase la STS 300/2012, 3-5, en la que uno de los argumentos que se tienen en cuenta – que no el único – para considerar atípica la conducta es que en el relato de hechos probados no se dejó constancia de que se emitiera ninguna “orden” del subinspector a los agentes autores del atestado. Así, el TS acoge las alegaciones del recurrente en el sentido de que “*prescinde el Tribunal de apelación de valorar que el Jurado expresa como motivación de los hechos 8, 9 y 14 del objeto del veredicto, en los que se sustituyó la expresión ordenó por solicitó, el contenido de los testimonios de Gilberto y Yeray, y que el agente Gilberto manifestó expresamente en el juicio oral que dicha solicitud se realizó “a modo de favor” y absuelve en consideración a que: “prescinde el Tribunal de valorar dos elementos fácticos relevantes que constan en la motivación del veredicto y, como complemento fáctico, en la sentencia absolutoria dictada por la Magistrada Presidente, que son el hecho de que en el acto del juicio los agentes dijeron expresamente que el acusado pidió la suspensión de las pruebas a modo de favor”*”.

⁴⁵ Vid supra.

⁴⁶ En este caso, en la prueba de la influencia se tuvo en consideración la constitución ex profeso de la sociedad adjudicataria en la confianza de ganar el concurso, además de la prueba testifical de quienes declararon que el amigo del Alcalde hacía ostentación de sus relaciones personales con él.

⁴⁷ Al respecto, véase, por ejemplo, la STS 335/2006, 24-3 que aprecia el tipo de tráfico de influencias en sentido estricto.

3. El peso de la injusticia de la resolución en la prueba de la influencia.

Como se ha dicho, la existencia de una resolución favorable a quien se relaciona con el funcionario no es un indicio concluyente acerca del ejercicio de influencias, si bien se refuerza cuando es injusta. En tales casos, la hipótesis de la influencia es la que puede explicar la grave desviación de la función pública.

El problema aparece cuando, sin ser un elemento esencial del tipo, la radical injusticia de la resolución pasa de indicio válido a condición necesaria de la prueba de la influencia⁴⁸. El archivo del “caso Blanco” (Auto TS 18/7/2013) es un buen exponente de que la regularidad de la resolución prácticamente descarta el delito⁴⁹, no obstante la prueba de contactos y conversaciones previas entre el funcionario y los interesados en aquélla.

Constatación que lleva a preguntarnos si el delito de tráfico de influencias puede cumplir con alguna función que no cumpla ya la inducción a la prevaricación, que cuenta ya con sus propios problemas aplicativos⁵⁰.

V. RECONSIDERACIÓN DEL “ESPACIO PROPIO” DEL DELITO

Llegados al momento de examinar la verdadera utilidad del tipo para castigar algo distinto a la inducción a la prevaricación, las peores sospechas se confirman.

En el apartado anterior se ha visto como todos los elementos propios del delito tropiezan con dificultades probatorias cuando se trata de castigar las influencias

⁴⁸ Archiva la causa el Auto AP Tarragona 9-7-2001, por falta de prueba de la desviación de la resolución de lo que deriva la inexistencia de la influencia; también archiva, el Auto AP Girona 442/2005, 28-7 en un supuesto en que si bien queda probado que, a petición de la acusada, se emitió el informe de innecesariedad de la licencia de segregación en el que estaba interesada, no quedó acreditado que fuera contrario a la legalidad y por ende resultado de la influencia; absuelve también la STS 1466/2005, 28-11, en un caso en que la resolución adoptada por el órgano municipal era favorable a la sobrina de la Concejal; también declara el sobreseimiento de la causa el Auto AP Tarragona 2-11-2006, considerando que los miembros del Consell comarcal que participaron en la concesión de subvenciones comunitarias que les beneficiaban estaban legitimados a optar a ellas.

⁴⁹ De acuerdo con el relato de hechos recogidos en el referido Auto, el acusado - a la sazón Ministro de Fomento - había procurado a un amigo empresario una entrevista con el Alcalde del municipio del que dependía la concesión de la licencia que finalmente obtuvo. No obstante la existencia de gestiones previas a la concesión de la licencia, el TS no apreció indicios bastantes de tráfico de influencias en atención, especialmente, a la regularidad de la resolución y su improbable relación causal con la previa conversación: “*La causalidad entre la gestión de la entrevista y la modificación del sentido de la resolución carece de soporte probatorio en la indagación judicial, pues de la intervención telefónica de las conversaciones entre el aforado y el empresario, sólo resulta la gestión de la entrevista, y quienes han intervenido en el expediente han justificado los criterios técnicos empleados en su adopción.*”

Desde lo expuesto, el actuar que se incrimina, mediar para convenir una entrevista entre un Alcalde y un particular que actúa en interés propio de una empresa, sin sugerir, ni ofrecer una alteración de la resolución en los términos que se señalan en la jurisprudencia, no cubre la tipicidad del delito objeto de la instrucción judicial, por lo que procede estimar la apelación respecto al delito de tráfico de influencias.”

⁵⁰ Acerca del modo restrictivo en que se aprecia el carácter injusto de la resolución, CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUENO, I, *Código Penal*, cit, 2383.

ineficaces⁵¹ o que conducen a resoluciones no radicalmente injustas⁵², por faltar el principal indicio de la lesividad o idoneidad de la influencia para torcer la voluntad ajena.

A los anteriores problemas, se suman los que surgen cuando se trata de castigar las influencias dirigidas a obtener resoluciones omisivas⁵³, que - dejando de lado los problemas relativos a su admisibilidad - plantean especiales problemas de prueba de imputación objetiva y subjetiva, como demuestra su escasa presencia de esta forma delictiva en la jurisprudencia⁵⁴.

Por fin, también presentan dificultades probatorias los supuestos de influencias indirectas o en cadena⁵⁵.

⁵¹ Sólo a título de ejemplo, véase la STS 300/2012, 3-5, que absuelve al subinspector que no consiguió que se detuviera la práctica de la prueba de la alcoholemia de un “recomendado”: *“En primer lugar si tomamos en consideración estrictamente los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado, incluidas las aportaciones fácticas complementarias incorporadas por la sentencia de la Magistrada Presidenta podemos apreciar que no se realizaron por el acusado actos de influencia con capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo de los agentes actuantes, pues es claro que éstos hicieron caso totalmente omiso de las indicaciones del acusado, planteadas como meras solicitudes a modo de favor para que se pudiesen marchar los afectados, sin más trámites”*.

⁵² Sólo a título de ejemplo, véase el Auto AP Tarragona 9-7-2001: *“En efecto, la inexistencia de indicios relativos a la realización de actividades de extracción de áridos en el término municipal y la inexistencia de indicios sobre la adopción de resoluciones arbitrarias e injustas en relación con la concesión o denegación de licencias para recuperación ecológica de las fincas del denunciante impide considerar la existencia de un trato privilegiado a otra y otras personas que, en caso de haber cumplido los requisitos exigidos administrativamente podrán haber obtenido más rápida respuesta a sus peticiones que el denunciante.”*

⁵³ Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de apreciar la influencia por omisión. Por lo general, se admite el engaño por omisión, que podría plantearse cuando el técnico omitiera declarar los errores del concursante, consiguiendo con ello que se le concediera la licencia, etc. Sin embargo, influir no es engañar. Así pues, si bien es imaginable que el subordinado se comporte de acuerdo con lo que interpreta que son los intereses del superior, si éste no los manifiesta, difícilmente podrá hablarse de ejercicio de una influencia con prevalimiento. En esta línea, la SAP Málaga 69/2002, 7-5 no aprecia el delito en un supuesto en que no se considera probado que el Alcalde hiciera otra cosa que intentar agradar a quien ocupaba una alta posición en el partido; la STS 480/2004, 7-4, tras exponer las dificultades que existen para admitir la posibilidad de inducción por omisión, las traslada y agrava en la apreciación del tráfico de influencias: *“En parecidos términos debiéramos pronunciarnos ahora respecto al tráfico de influencias y la posibilidad de su realización a través de un engaño omisivo, pues de la mera ocultación de un dato, difícilmente puede resultar un acto de influencia en favor de un determinado sentido de la resolución o del acto administrativo”*, lo que lleva a absolver al Alcalde del Ayuntamiento que contrató los servicios de limpieza a su primo en atención a que no informar acerca de la relación no puede equipararse a influir.

⁵⁴ Al respecto, véase la SAP Madrid 30/2008, 8-4, que absuelve del delito de tráfico de influencias por falta de prueba de los elementos típicos; o el Auto AP Madrid 32/2009, 9-12, en el que tras plantearse la posibilidad de comisión por omisión del delito - en un caso de ausencia de apertura de procedimiento sancionador por parte de la CNMV contra Enel y Acciona, con relación a su actuación en la OPA sobre Endesa - se confirma el sobreesimiento de la causa.

⁵⁵ Al respecto, véanse las STS 15-2-2000; SAP Illes Balears 18/2012, 19-3, “Caso Palma Arena-Pieza 2” (revocada en este punto por la STS 657/2013, 15-7) condena por el tipo del art. 429 CP al particular que influye sobre el Presidente de la Comunidad autónoma que, a su vez, es condenado por el tipo del art. 428 por influir sobre el funcionario competente para adoptar la resolución. No se considera probado el ejercicio de influencias en cadena en la STS 300/2012, 3-5 (Tol 2535734), por la que se absuelve al subinspector de policía que se puso en contacto con los agentes que realizaban la prueba de la alcoholemia a un tercero, a petición de otro agente de policía. El TS absolvió tanto a uno como a otro.

Con todo, la apreciación de esta figura compleja no es fácil o incontrovertida. En algún caso, en lugar de apreciar dos autorías encadenadas, se ha apreciado una inducción (del particular) al delito especial de

En los supuestos de intervención de varias personas, la relación de causalidad sólo parece fácil probar cuando existe una directa relación de jerarquía entre el interesado en la resolución y el competente para adoptarla, aunque se comuniquen a través de intermediarios. Ahora bien, en tales casos, más que una sucesión de influencias podemos estar ante el ejercicio de una sola influencia, comunicada por un tercero.

En el resto de casos, la lejanía entre el interesado en la resolución y quien la adopta dificulta indudablemente la prueba de la influencia, pudiendo aparecer como único responsable quien, sin tener interés en la resolución, la propicia con su intermediación ante el funcionario. Al respecto, es especialmente ilustrativa la sentencia del “caso Matas-Palma Arena 2, STS 15-7-2013, que, revocando en este punto la sentencia de instancia, absuelve al beneficiado por la resolución, y condena por tráfico de influencias sólo a quien actuó a favor del mismo⁵⁶.

A pesar de todo, no se excluyen supuestos de castigo al particular que influye sobre el funcionario, que a su vez influye sobre el competente. Ejemplo de ello fue el “Caso Pujana”, STS 31/1997, 29-1, en el que un empresario vinculado por razones de amistad al Alcalde de l’Hospitalet de Llobregat, influyó sobre éste para que a su vez influyera sobre el funcionario competente con el fin de que se adjudicara a una empresa participada por el primero la construcción de varios aparcamientos en la ciudad.

VI. CONCLUSIÓN: UN TIPO PRESCINDIBLE

Los más de veinte años de experiencia aplicativa del delito de tráfico de influencias muestran su escasa capacidad material para combatir conductas que vayan más

ejercicio de influencias por parte de funcionario, respondiendo los dos del mismo delito, aunque por distinto título de participación. Así, en la STS 31/1997, 29-1 ‘Caso Pujana’ (Tol 407308), en un supuesto en que un empresario vinculado por razones de amistad al Alcalde del Ayuntamiento de l’Hospitalet de Llobregat influyó sobre éste para que a su vez influyera sobre el funcionario competente, con el fin de que se adjudicara la construcción de aparcamientos a una empresa de un tercero.

⁵⁶ Según los hechos declarados probados en el “caso Matas-Palma Arena 2” (STS 15-7-2013), con el fin de favorecer a su asesor y amigo personal, el Presidente del Gobierno balear indicó al Director General de Comunicación que comunicara a la funcionaria competente - Jefa de Sección de la Dirección General de Comunicación – que otorgara la máxima puntuación a la petición de subvención presentada por su protegido. Una vez hecho lo cual, el Director General de Comunicación suscribió la propuesta de resolución finalmente dictada por la Consejera de Relaciones institucionales. En este caso, a pesar de los múltiples funcionarios que intervinieron en el proceso que llevó al otorgamiento de la subvención, no se hizo mención alguna al “tráfico de influencias en cadena”. Sólo se condenó al Presidente de la Comunidad balear por el tipo del art. 428 CP, absolviendo al beneficiado por la resolución, en atención a que no se consideró probado que, además de expresar sus objetivos al Presidente, se prevaliera de su posición para influir en él. El resto de intervinientes tampoco se consideraron autores de una “influencia” típicamente relevante, por más que algunos de ellos pudieran contribuir a canalizar la ejercida por el Presidente. De hecho, el tipo de ejercicio de influencias recogido en el art. 428 se consideró cometido por el hecho de que el Presidente indicara al Director General de Comunicación cuál debía ser el sentido de la resolución, que debía adoptar un tercero. El delito se apreció sin llegar a probar la sucesión de comunicaciones o “influencias” posteriores de éste al resto de funcionarios que intervinieron en la adopción de la resolución, que hubiera podido dar pie a hablar de “tráfico de influencias en cadena”.

allá de la inducción a la prevaricación – así como otras conductas claramente desviadas de la función pública como la malversación-, caracterizada por la existencia de una relación directa entre influyente e influido y su traducción en una resolución radicalmente injusta.

Los supuestos de influencias en cadena, en que no existe relación directa entre influyente e influido, así como los supuestos en que no se llega a obtener la resolución o no es radicalmente injusta o prevaricadora, difícilmente se llegan a castigar como tráfico de influencias.

En primer lugar, porque si ya es difícil probar el ejercicio de la influencia cuando existe una relación directa - de amistad o de otro tipo - entre el funcionario y el interesado, todavía más cuando no la hay. En estos casos, se multiplican los problemas probatorios al tener que acreditar la existencia del prevalimiento por parte del interesado sobre el intermediario, y de éste sobre el funcionario competente, además, por supuesto, de la idoneidad de uno y otro.

En segundo lugar, porque cuando no se llega a obtener la resolución puede fundadamente dudarse de la idoneidad de la influencia.

En tercer lugar, porque la resolución que no es radicalmente prevaricadora puede verse como el resultado del ejercicio ordinario de la función pública, ajena a cualquier desviación imputable a posibles influencias.

A los anteriores supuestos, debe añadirse otro igualmente distintivo del tráfico de influencias y, como los anteriores, afectado también por problemas probatorios. Me refiero a aquel en que la influencia se dirige a obtener una resolución omisiva, en que –dejando de lado las críticas doctrinales a su admisibilidad - es más difícil probar la implicación objetiva y subjetiva del funcionario competente en la obtención del resultado beneficioso.

A la vista de todo ello, es difícil que el delito pueda desarrollar una función efectivamente represiva del mercadeo de influencias que gira en torno a la Administración pública, ni siquiera cuando éstas llega a ejercerse, más allá de los supuestos que ya podía castigar la inducción a la prevaricación.

Las dificultades aplicativas son tantas que su mantenimiento puede ser contraproducente, si llega a transmitirse el mensaje de que todas las conductas finalmente absueltas están permitidas, cuando en muchos casos sólo es así por la difícil prueba de la influencia.

En esta tesitura, quizás fuera mejor fiar la protección de la imparcialidad y objetividad en la función pública al control de las prohibiciones e incompatibilidades administrativas, dejando para el derecho penal sólo los casos más graves de desviación de la función pública, entre los que sin duda se halla la prevaricación o aquellos que – como en el cohecho o el tráfico de influencias en sentido estricto se vende el acto público a cambio de precio -.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Anotaciones Sobre el delito de tráfico de influencias”, en *Delitos de funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUEÑO, I, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, Comares, 2002.
- CUGAT MAURI, M *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- CUGAT MAURI, M “El tráfico de influencias en cuatro sentencias”, *Jueces para la democracia*, 28, 1997.
- CUGAT MAURI, M «Tráfico de influencias (art.8)» en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones UCLM, Cuenca, 2006.
- CUGAT MAURI, M., “Tráfico de influencias”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M/OLAIZOLA NOGALES, I “La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 223, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M “El delito de tráfico de influencias”, en ASÚA BATARRITA, A., *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997.
- GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos de tráfico de influencias”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J., y GONZÁLEZ CUSSAC, JL. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JUANES PECES, A. “La prevaricación de alcaldes: estudio sistemático del nuevo Código Penal sobre esta materia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 279, 30-1-1997.
- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, M *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.
- MAC NAUGHTON SMITH, “The Second Code Toward (or Away From) a Theory of Crime and Delinquency”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, July 1968 vol. 5 no. 2
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Comentario al Cap. VI” en CONDE PUMPIDO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Barcelona, Bosch, 2007.
- MESTRE DELGADO, E., “El tráfico de influencias”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, 2013.
- MORALES PRATS, F/RODRÍGUEZ PUERTA, MJ., “Art. 404”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias” (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo), *Comentarios a la Legislación penal*, t. XVI, Madrid, 1994.

- MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VI). Tráfico de influencias”, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal español*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013.
- MUÑOZ LORENTE, J., “Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”, *Eunomia*, 4/2013.
- OCAÑA DÍAZ ROPERO, C “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el Código penal español”, *Revista electrónica de metodología e historia del Derecho*, 1, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980.
- ORTS BERENGUER, E/VALEIJE ÁLVAREZ, I “Comentario al delito de tráfico de influencias”, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, “Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en VIVES/ORTS/CARBONELL/GÓNZALEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ MACHÍO, AJ., “Del tráfico de influencias”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011:
- POZUELO, L., “Los delitos contra la Administración pública”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal : (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 599.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*, CYMYS, Barcelona, 1974.
- RAMOS RUBIO, C. “Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional”, en QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A. *Delitos contra la administración pública: delincuencia administrativa, cuando un representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008.
- SEMERARO, P., “Trading in influence and lobbying in the spanish criminal code (Trgovina utjecajem i lobiranje u španjolskom Kaznenom zakoniku)”, en BERISLAV PAVIŠIĆ, *Decennium moztanicense*, Rijeka, 2008.
- SLINGERLAND, W., “The Fight against Trading in Influence”, *Viešoji Politika ir Administravimas/ Public Policy and Administration*, 2011, T. 10, núm. 1.